N° 416210

Mme B...

2^{ème} et 7^{ème} chambres réunies

Séance du 12 septembre 2018

Lecture du 24 septembre 2018

CONCLUSIONS

Mme Sophie ROUSSEL, rapporteur public

Mme A... B... est une athlète de nationalité russe née en 1985. Elle a été soumise à un contrôle antidopage, effectué le 12 juillet 2015, à l'occasion de sa participation à la course des « Dix kilomètres des Mascarets » de Pont-Audemer, compétition à laquelle elle s'est classée deuxième. Les résultats du contrôle, établis par le Département d'analyse de l'Agence française de lutte contre le dopage (AFLD) le 20 juillet suivant, ont fait ressortir la présence dans ses urines de furosémide, à une concentration estimée à 1770 nanogrammes par millilitres. Or cette substance, qui appartient à la classe des diurétiques et des agents masquants S5, est interdite en et hors compétition en vertu de la liste annexée au décret n° 2014-1556 du 22 décembre 2014 portant publication de l'amendement à l'annexe I de la convention internationale contre le dopage dans le sport.

N'étant pas licenciée de la fédération française d'athlétisme, c'est directement l'AFLD qui s'est prononcée sur son cas, sur le fondement du 1° de l'article L. 232-22 du code du sport. Par une décision du 9 février 2017, celle-ci a sanctionné cette violation du 2° de l'article L. 232-9 du code du sport qui prohibe l'utilisation des substances ou procédés de nature à modifier artificiellement les capacités des sportifs ou à masquer l'emploi de ces substances ou procédés :

- en interdisant à Mme B... de participer pendant quatre ans aux manifestations sportives organisées ou autorisées par la Fédération française d'athlétisme et quatre autres fédérations, déduction faite de la période déjà purgée en application de la décision de suspension provisoire prise le 1^{er} juin 2016,
- en demandant à la Fédération française d'athlétisme d'annuler les résultats obtenus par Mme B... lors de l'épreuve
- et en ordonnant la publication d'un résumé de sa décision dans divers bulletins sportifs.

Mme B... vous demande, à titre principal, l'annulation de cette décision et, à titre subsidiaire, la réformation de celle-ci en réduisant la sanction prononcée. Nous vous proposons d'examiner la régularité de la procédure de contrôle et d'analyse avant d'en venir à la régularité de la procédure disciplinaire puis au bien fondé de la sanction.

Mme B... soutient tout d'abord que les opérations de contrôle et d'analyse se sont déroulées dans des conditions insalubres, susceptibles d'avoir conduit à une contamination des échantillons. Elle fait notamment valoir, au soutien de ce moyen, que le département d'analyse de l'AFLD a fait l'objet d'une suspension par l'Agence mondiale antidopage de septembre à décembre 2017. Mais cette suspension est intervenue plus de deux ans après le

contrôle de Mme B..., à raison d'anomalies ayant affecté la détection d'agents anabolisants, d'une autre nature que les agents masquants détectés dans les urines de la requérante. Cette suspension ne prouve donc rien, pas plus d'ailleurs que les éléments généraux qu'elle avance quant à l'insalubrité des conditions de réalisation des prélèvements. Par ailleurs, la circonstance que la furosémide n'ait pas été retrouvée dans ses analyses sanguines est inopérante, cette substance n'étant pas recherchée dans le sang par l'AFLD.

Viennent ensuite des critiques nombreuses et très fournies quant à la régularité de la procédure disciplinaire, mise en cause à deux titres. D'une part, Mme B... n'aurait pas été informée, contrairement à ce que prévoit l'article R. 232-89 du code du sport, de la possibilité de contester les résultats de l'analyse en demandant l'analyse d'un second échantillon, l'échantillon B, prélevé lors du contrôle. D'autre part, elle n'aurait pas été régulièrement convoquée à l'audience, en méconnaissance de l'article R. 232-92 du code. Aucun de ces deux courriers n'est en effet parvenu jusqu'à Mme B... puisque l'un et l'autre ont été retournés à l'agence.

Il résulte toutefois de l'instruction que l'agence a, pour notifier à l'intéressée les différentes étapes de la procédure, utilisé l'adresse postale que celle-ci avait elle-même indiquée sur le procès-verbal du contrôle. Or il résulte de votre jurisprudence constante qu'une notification transmise par lettre recommandée avec accusé de réception à l'adresse indiquée par l'intéressé lui-même mais retournée à l'expéditeur avec la mention « pli avisé et non réclamé » ou « inconnu à cette adresse » est en principe regardée comme régulière, sauf circonstances non imputables à l'intéressé, comme par exemple une défaillance des services postaux, lesquels ne sont pas mis en cause ici.

Dans ces conditions, il nous semble que vous devrez regarder les deux notifications, celle relative à la possibilité de demander l'analyse de l'échantillon B en date du 27 juillet 2015 et l'autre relative à la convocation à l'audience du 9 février 2017 en date du 30 décembre 2016 comme régulières, nonobstant la circonstance que l'un et l'autre de ces deux plis ont été retournés. Le service client international de La Poste, sollicité par l'agence, a confirmé que chacun des plis avait fait l'objet d'un avis de dépôt mais qu'aucun n'avait été réclamé par Mme B....

Aucun des arguments de Mme B... ne nous paraît remettre cette conclusion. Ni la circonstance, avancée dans ses derniers mémoires, tirée de ce que la préleveuse agréée ayant établi le procès-verbal de contrôle l'aurait dissuadée de renseigner une adresse exacte et complète ou aurait renseigné elle-même son adresse. Ceci n'est en effet nullement établi, et notamment pas par la différence qu'il y aurait entre l'écriture utilisée pour le début de l'adresse et la fin de celle-ci sur le procès-verbal du contrôle, différence que nous ne percevons pas. Ni l'erreur d'orthographe mineure dans le nom de la requérante s'agissant du premier envoi – D... au lieu de B... – dès lors que le courrier a bien été présenté à la requérante le 13 août 2015, ainsi qu'en atteste le service des enquêtes et réclamations du courrier international de La Poste. Ni le fait que le motif de non distribution du premier courrier coché sur le bordereau revenu à l'agence serait « aucun destinataire à l'adresse indiqué », au demeurant infirmé par les affirmations du service client international de La Poste et par la circonstance que tous les autres courriers adressés à cette même adresse ont été retournés comme « non réclamés ».

Ajoutons pour en terminer avec ces moyens que si l'agence a doublé par précaution l'envoi postal de la convocation à l'audience de courriers électroniques, ce mode de convocation n'est

pas prévu par l'article R. 232-92 du code du sport, qui ne mentionne que la lettre recommandée avec demande d'avis de réception et la lettre remise contre récépissé. Le débat entre les parties sur la question de savoir si les adresses électroniques récupérées par l'AFLD auprès de la fédération internationale d'athlétisme étaient celles bien de Mme B... ou celles de son frère et de son père nous paraît donc inopérant. A supposer que vous estimiez nécessaire de vous y pencher, nous confessons que nous avons les plus grands doutes sur la véracité des allégations de Mme B... dès lors que des échanges électroniques ont eu lieu avec l'agence à partir de l'une de ces adresses, demandant le report de l'audience.

Nous vous proposons donc de juger que les exigences de l'article R. 232-92 du code du sport, et partant celle l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et en tout état de cause de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, ont été respectées.

Le moyen suivant est celui qui, en droit, à la plus grande portée. La requérante estime qu'en vertu du principe de rétroactivité *in mitius*, auraient dû être lui appliquées, s'agissant du quantum de la peine, les dispositions issues de l'ordonnance n° 2015-1207 du 30 septembre 2015 relative aux mesures relevant du domaine de la loi nécessaires pour assurer le respect des principes du code mondial antidopage, dispositions postérieures au manquement de Mme B...

Vous acceptez en effet de faire jouer le principe de la rétroactivité *in mitius* en matière de lutte contre le dopage, eu égard à la nature répressive de cette matière et aux pouvoirs de pleine juridiction que vous a dévolus le législateur en vertu de l'article L. 232-24 du code du sport. Vous avez par exemple jugé, par votre décision du 29 avril 2013 *M. F...* (n° 356642, T. pp. 824-856), dans la ligne de votre jurisprudence *Société ATOM* (CE, Ass. 16 février 2009, n° 274000, p. 25) qu'était en vertu de ce principe immédiatement applicable une règle de prescription de l'action disciplinaire, nouvellement introduite et favorable aux sportifs susceptibles d'être sanctionnés.

Il vous faudra donc apprécier, pour répondre au moyen de Mme B..., si les innovations apportées par l'ordonnance du 30 septembre 2015 en matière d'incrimination et de peines encourues par les sportifs ayant contrevenu à l'article L. 232-9 du code du sport débouchent sur une loi nouvelle plus douce ou plus sévère.

Alors que l'article L. 232-23, dans sa rédaction applicable à la date du manquement commis par Mme B..., se bornait à donner compétence à l'agence pour prononcer une interdiction temporaire ou définitive de participer à des manifestations sportives, sans définir d'échelle des peines, les dispositions issues de l'ordonnance du 30 septembre 2015 définissent de façon beaucoup plus fine les incriminations et encadrent le quantum des sanctions correspondantes.

L'article L. 232-23-3-1 du code issu de l'ordonnance distingue ainsi deux incriminations pour lesquelles il fixe la durée, en principe, des interdictions susceptibles d'être prononcées. Le a) est relatif aux manquements consécutifs à l'usage ou à la détention d'une substance non spécifiée. La durée de principe de l'interdiction est fixée à quatre ans, ramenés à deux ans lorsque le sportif démontre qu'il n'a pas eu l'intention de commettre le manquement. Le b)

concerne les manquements consécutifs à l'usage ou à la détention d'une substance spécifiée¹, au nombre desquelles la furosémide retrouvée dans les urines de Mme B.... La durée de principe de l'interdiction est fixée pour cette catégorie de manquements à deux ans, portés à quatre ans lorsque l'Agence française de lutte contre le dopage démontre que le sportif a eu l'intention de commettre ce manquement.

Ce nouvel arsenal répressif, qui transpose le code mondial antidopage entré en vigueur le 1^{er} janvier 2015, créée par ailleurs, à l'article L. 232-23-3-8 du code du sport, une situation de récidive. L'interdiction encourue en vertu de l'article L. 232-23-3-1 ne peut, dans ce cas, être inférieure à six mois et peut aller jusqu'à être doublée, c'est-à-dire atteindre quatre ans si est en cause un manquement lié à l'usage d'une substance spécifiée sans que l'intentionnalité de celui-ci n'ait été caractérisé par l'agence, comme c'est le cas du manquement commis par Mme B....

Enfin, l'article L. 232-23-3-10 ouvre à l'autorité compétente la possibilité de prendre en compte des circonstances propres à chaque espèce et de réduire, le cas échéant, la durée des mesures. Vous vous êtes d'ailleurs appuyés sur cette disposition pour juger que l'introduction de durée « de principe » pour les mesures d'interdiction n'étaient pas contraire au principe de nécessité et d'individualisation des peines (CE, 6 novembre 2007, *M. G...*, n° 413349, inédite).

Vous le constatez, certains éléments de ce nouveau régime pourraient être qualifiés de plus doux pour l'application du principe de rétroactivité *in mitius*. Nous pensons en particulier à la fixation d'un plafond pour la durée d'interdiction « de principe ». Dans un arrêt du 22 novembre 2002 (Cass. Ass. plen., n° 92-82.460, Bull. crim. n° 2) l'assemblée plénière de la Cour de cassation a considéré que l'article 131-27 du code pénal précisant que la peine d'interdiction d'exercer une activité professionnelle lorsqu'elle est temporaire ne peut excéder cinq ans est une disposition pénale plus douce, s'appliquant aux infractions commises avant son entrée en vigueur.

Mais d'autres peuvent paraître plus sévères comme l'incrimination de la récidive ou l'introduction d'une durée de principe, de laquelle l'agence ne peut s'écarter que si elle justifie de circonstances particulières. La Cour de cassation a ainsi jugé que la suppression de peine « plancher » constituait une loi pénale plus douce (Cass. Crim., 14 octobre 2014, n° 13-85.779, Bull. crim. n° 205).

Lorsque coexistent dans un même texte des dispositions plus douces et plus sévères, c'est-à-dire face à un texte complexe, vous appréciez – et le juge pénal procède de même – si ces dispositions sont ou non divisibles (CE, 27 mai 2009, *SNC Saint Honoré*, n° 307957, T. pp. 621-685-696 ; CE, Assemblée, 4 juillet 2011, *Elections régionales d'Ile-de-France*, n°s 338033, 338199, p. 317 ; Cass. Crim. 21 avril 1982, n° 81-92.914, Bull. crim. n° 99, n° 9 in *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, 10^{ème} ed.). Si ces dispositions sont divisibles, ne rétroagissent que les dispositions les plus favorables. Lorsqu'elles sont indivisibles, il faut, selon la jurisprudence judiciaire, soit se référer à la disposition principale du texte soit – et il semble que ce soit la méthode la plus couramment appliquée – apprécier globalement si le texte est plus favorable que le précédent, (v. sur ce point *Les grands arrêts*

¹ Les substances spécifiées sont les substances interdites répertoriées sur une liste, dont il est admis qu'il est plus vraisemblable que leur présence dans le prélèvement urinaire ou sanguin du sportif puisse s'expliquer par une cause crédible non liée au dopage.

du droit pénal général, Dalloz, 10^{ème} ed., n° 11 ; F. Desportes, F. Le Guhenec, *Droit pénal général*, Economica, 16^{ème} ed., p. 314 et suivantes).

En l'espèce, il nous semble que les différentes dispositions relatives au quantum de la peine encourue en cas de manquement à l'article L. 232-9 du code du sport sont indivisibles, dès lors qu'elles constituent les barreaux d'une échelle des peines encourues pour une catégorie de manquement, là où d'échelle il n'y avait pas. Il y aurait en effet une sorte de d'effet d'aubaine à rebours de l'intention des auteurs du code mondial antidopage entré en vigueur le 1^{er} janvier 2015, censé réprimer plus sévèrement et plus efficacement les manquements, à appliquer immédiatement l'interdiction de principe de deux ans sans que ne joue l'aggravation de la peine liée à la prise en compte de la récidive. Par ailleurs, et nous l'avons déjà relevé, les durées d'interdiction sont certes indiquées mais il ne s'agit que de durée « de principe ».

Nous estimons – tout en reconnaissant qu'il y a matière à hésiter – que dans ces conditions, les dispositions définissant le quantum des peines encourues sont indivisibles et que, prises ensemble, elles définissent un régime répressif plus sévère, que l'agence n'avait pas à appliquer de façon anticipée.

Mme B... soutient enfin que la sanction d'interdiction de quatre ans est manifestement disproportionnée, eu égard à la faiblesse de la dose de furosémide relevée dans ses urines, à la circonstance que sa fin de carrière est, compte tenu de son âge, compromise par la durée de l'interdiction, et au fait que la précédente sanction dont elle avait fait l'objet, prononcée par la Fédération russe d'athlétisme, que l'AFLD a relevé dans sa décision pour constater la récidive, date de près de dix ans.

Il est vrai que la durée de l'interdiction est sévère, en particulier au vu des gains que les participants pouvaient espérer, autour d'une centaine d'euros. Mais Mme B... n'en était pas à son premier contrôle positif et la sanction prononcée ne nous paraît pas, dans ces conditions, disproportionnée.

Aucun des moyens n'étant fondé, nous vous proposons de rejeter la requête de Mme B.... Celle-ci ayant bénéficié de l'aide juridictionnelle, nous estimons par qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à sa charge la somme demandée par l'Agence au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Tel est le sens de nos conclusions.